

DE LO QUE NO HAY - LA INEXISTENCIA JURIDICA

Ricardo Víctor Guarinoni
Universidad de Buenos Aires

I.- Introducción

Resulta interesante fijar la atención en la discusión entre los civilistas acerca de la "teoría del acto inexistente".

En principio, hablar de un acto inexistente parece una paradoja, algo así como aquel cuchillo sin mango y sin hoja descrito por Georg Lichtemberg.

Por otra parte, nos lleva a inquirir si la existencia jurídica es diferente de la existencia material y si hay que distinguirlas.

Así, la discusión, por un lado, parece una disputa bizantina. Por otra parte, exhibe una gran dosis de los componentes ideológicos que hacen tan poco confiables las "teorías" sostenidas por los dogmáticos jurídicos.

En suma, se justifica un análisis desde el punto de vista de la teoría general, que creo que permitirá arrojar alguna luz acerca de la creación de categorías doctrinarias, y su función en la ciencia y la aplicación del derecho.

II.- La teoría

La "teoría del acto inexistente" está íntimamente relacionada con la institución del matrimonio. La idea de distinguir entre nulidad e inexistencia ya estaba instalada en el Derecho Canónico, a través de la distinción entre *matrimonium nullum* y *matrimonium non existens*. El fundamento era que el consentimiento era parte esencial del acto, por lo que su falta hacía que el matrimonio no fuera nulo sino solo aparentemente existente. Esto era aplicable, p. ej. , al caso de matrimonio contraído

por un loco. Se cita al respecto una decretal del papa Inocencio III (siglo XIV), en el caso de un matrimonio clandestino en el cual el hombre, para asegurar su nulidad, había dicho " *Juana, te desposo* ", cuando el nombre de la contrayente no era Juana. El papa sostuvo que no había ni la sustancia ni la forma de un matrimonio.¹

En el derecho moderno, la teoría de la inexistencia del matrimonio reconoce como autor a Zachariae, uno de los principales exponentes de la escuela exegetica, quien la fundó en el art. 146 del código Francés, (" *No hay matrimonio cuando no hay consentimiento*"²), y que fuera adoptado a instancias de Napoleón, quien en las actas de discusión del *Code* , figura como sosteniendo la diferencia entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado, y expresando que cuando no hay consentimiento, el matrimonio no existe ni en apariencia.

Zachariae amplió la idea de la inexistencia del matrimonio, ya que señaló la necesidad de distinguir entre las condiciones esenciales y las condiciones de validez del matrimonio. Según él, las condiciones esenciales representan una cuestión de hecho, y las de validez de derecho. La discusión acerca de la validez del matrimonio presupone zanjada la discusión acerca del hecho de si el matrimonio existió, o sea si el matrimonio celebrado de hecho debe ser considerado válido en derecho. Y para que el matrimonio pudiera ser considerado de hecho celebrado, debía reunir ciertas condiciones esenciales. La falta de condiciones de validez traería la nulidad del matrimonio, pero la falta de condiciones esenciales determinaría su inexistencia. Según Zachariae, había tres condiciones esenciales: El consentimiento de las partes, su capacidad civil y su capacidad física. Por ausencia de consentimiento, sería inexistente el matrimonio en caso de p. ej. sustitución de persona o furor, como se

¹ Ver cita de Esmein en Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, Depalma, Bs.As., 1979, Tº II, pág. 54. En la exposición del tema en el Derecho Civil, seguiré principalmente las referencias de este autor, quien realiza una exhaustiva recensión del tema en la legislación y doctrinas nacional y extranjeras, salvo cuando lo diga expresamente. Las conclusiones de mi cosecha, por otra parte, serán fácilmente discernibles.

² El texto original dice " Il n'y a pas de mariage lorsque il n'y a point de consentement".

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

llamaba entonces a la locura, por ausencia de capacidad civil, el contraído por el muerto civil. Por ausencia de capacidad física, daba como ejemplo el contraído por dos personas del mismo sexo. Parece extraña la clasificación, pero Zachariae aludía sin duda a la capacidad física de procrear, ya que incluía en el mismo acápite al castrado o quien por " *algún vicio o lesión de los genitales no es apto para la procreación* " ³.

La escuela exegética francesa del siglo XIX adoptó en forma unánime la distinción, con diversos matices en cuanto a las causales de inexistencia, entre las cuales aquellas que generaban mas coincidencias eran la identidad de sexos y la falta de consentimiento, a las cuales se agregó después la de falta de celebración ante el oficial público del modo prescripto por la ley. ⁴

A decir de Baudry Lacantinerie: " a raíz de su verdad y sus consecuencias doctrinales se impuso rápidamente desde entonces a la consideración de los intérpretes " ⁵.

Entre nuestros dogmáticos, hay quien ha dicho: " mas que un principio jurídico, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica " ⁶

La conclusión que se extraía era que el matrimonio inexistente era diferente del matrimonio anulable o nulo ⁷. El segundo gozaba de una existencia precaria, pues poseía vicios que podían determinar su aniquilación, mediante la intervención de un juez, y era provisoriamente válido hasta su declaración, pudiendo pedirla solo algunos interesados y con posibilidad de prescripción de la acción y ratificación en algunos

³ Ver Belluscio, op. cit. , pág. 58.

⁴ Belluscio, op. cit. , pássim.

⁵ Cit. por Belluscio, op. cit. pág. 58.

⁶ Moyano, J. A., cit. por Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Perrot, Buenos Aires, 1991, Parte General, T° II, pág. 582

⁷ No haré distinción en este trabajo entre actos nulos o anulables, o nulidades relativas y absolutas, clasificación recogida por nuestra legislación, salvo cuando sean necesario. En esta primera aproximación, bastará distinguir la nulidad y la inexistencia, tal como se realiza en el texto.

casos, y el primero no podía tener efecto alguno, no requería decisión judicial sino simplemente comprobación de su inexistencia, así como ésta podía ser alegada por cualquiera, la acción era necesariamente imprescriptible y no era susceptible de confirmación o ratificación.

Con el tiempo, la teoría se generalizó a todos los actos jurídicos, aunque hubo autores que la restringían solamente a los matrimonios. Como ejemplo de quienes adoptaban la teoría en forma generalizada, se cita a Aubry et Rau, quienes dicen: " el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente (non avenu) "⁸ Ponían como ejemplo a una venta sin cosa vendida, o sin precio.

El acto inexistente pasó a ser conceptualizado como un acto que carecía de requisitos esenciales, y por ello no tenía efectos jurídicos. Como lo expresa un autor argentino, un acto inexistente sería equivalente a "*la nada jurídica*"⁹

A principios del siglo XX se produjo una reacción contraria a la teoría (que ya había tenido algún opositor entre los exégetas¹⁰), de la mano de Saleilles y otros que consideraban que el régimen de nulidades era suficiente para dar cuenta de los actos irregularmente celebrados.

La mayoría de los autores contrarios a la teoría sostenían que ella tenía como base el aforismo "*pas de nullité sans texte*", que no se hallaba expresamente sancionado en la ley. Si se atacaba a tal aforismo, entonces la teoría del acto inexistente devenía innecesaria. Al respecto, es ejemplificador lo que dicen autores como Ripert y Boulanger : " Para corregir los resultados desastrosos del principio ` no hay nulidad sin texto ' los autores modernos se vieron llevados a construir, respecto del

⁸ Cit. por Llambías, op. cit., pág. 584.

⁹ Llambías, op. cit., pág. 585.

¹⁰ Como Beudant (ver Belluscio, pág. 60), quien ya atacaba el principio "*pas de nullité sans texte*".

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

matrimonio, la teoría de los *actos inexistentes* a la que se dio mas tarde un alcance general. Como hay casos en los que la ley no pronuncia la nulidad, y en los que es razonablemente imposible admitir que el matrimonio produzca sus efectos, una forma de salir del paso es decidir que el matrimonio es inexistente, y por lo tanto no hay necesidad de anularlo. Esta fue la razón práctica de esta teoría, de la que no se experimentó jamás necesidad en el antiguo derecho francés ."¹¹

No necesito reproducir aquí los avatares de la discusión, que se ha visto repetida en la doctrina de los principales países occidentales ¹².

En algunos casos, las leyes recogen expresamente la categoría de acto inexistente para el matrimonio, como el Código Portugués de 1967, o la ley de matrimonio de la ex Yugoslavia.¹³

En nuestra legislación, el art. 14 de la ley de matrimonio civil expresa que el consentimiento de los contrayentes expresado ante el oficial público es indispensable para la existencia del matrimonio, y el acto que careciera de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles. Los casos que la ley llama de nulidad son considerados en los arts. 84 y ss.

La ley habla de existencia, pero no de inexistencia. Ello ha dividido la doctrina entre quienes afirman que si faltan los requisitos previstos se trata de un caso de inexistencia, otros que sostienen que se trata de nulidad, y quienes prefieren calificarlo de otra manera (p.ej. matrimonio aparente ¹⁴). En nuestra legislación hay

¹¹ Ripert, Georges y Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, (trad. castellana), La Ley, Buenos Aires, 1963, Tº II, vol. I, pág. 290.

¹² Me remito a las exposiciones de discusiones similares en el derecho belga, italiano, alemán, español y canónico registradas por Belluscio, op. cit., pág. 62 y ss., y la discusión en el derecho francés, alemán e italiano, en Llambías, J.J. op. cit., pág.580 y ss.

¹³ Belluscio, op. cit., págs. 68 y 69.

¹⁴ Bidart Campos, Germán. ED 33-173, cit. por Belluscio, pág. 78.

una norma general que califica como nulos los actos que no se realicen siguiendo la forma fijada por la ley ¹⁵

Por otra parte, nuestra ley no especifica que los contrayentes deban ser de distinto sexo, con lo cual, para quienes creen en la doctrina de la inexistencia, puede darse en este caso. Durante la prohibición del divorcio en la Argentina, parte de la doctrina sostenía que los matrimonios contraídos en el extranjero por habitantes del país eran inexistentes, lo que también apareció en algunos fallos judiciales. ¹⁶

La teoría del acto inexistente, como se dice mas arriba, se ha generalizado. Así, es común que en Derecho Procesal se califique de inexistentes a actos que carecen de algún requisito mínimo, por ejemplo, un escrito judicial sin firma de parte o su apoderado. La jurisprudencia ha utilizado muchas veces esta categoría en este sentido. ¹⁷

III.- ¿Qué es lo que no es?

La inexistencia jurídica no suele predicarse de cualquier acto, por mas que cuando aparece enunciada en forma general, la teoría parecería sostener que cualquier acto es *jurídicamente* inexistente cuando no está contemplado por un sistema jurídico (aunque puede existir *materialmente*) ¹⁸. Se nos dice que los actos jurídicamente inexistentes "están fuera del derecho". En este sentido, parecerían ser actos no mencionados por las normas, a los cuales las reglas de un sistema no les asignan ningún carácter deóntico. Pero es claro que, si el sistema aparece cerrado por una regla de clausura, no hay actos de este tipo. En un sistema que contuviera la regla "*todo lo que no está prohibido está permitido*", no habría actos inexistentes, ya que

¹⁵ Código Civil, art. 1044.

¹⁶ Belluscio, op. cit. pág. 83

¹⁷ Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, Tº IV, pág. 154

¹⁸ Ver nota 38

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

todo acto que no fuera obligatorio, prohibido o permitido en sentido fuerte, sería permitido en sentido débil. No habría actos fuera del derecho.

Para darle sentido a la teoría, habría que acudir a la conocida distinción entre reglas primarias y secundarias, efectuada por Hart. Si dividimos al sistema jurídico entre reglas primarias de obligación y reglas secundarias, de reconocimiento, cambio o adjudicación¹⁹, los actos que aparecen calificados como inexistentes están entre aquellos a los que se refieren las reglas secundarias, especialmente las que Hart llama *power conferring rules*, reglas que confieren a los particulares y a los órganos el poder de dictar o modificar normas primarias que generan obligaciones.²⁰ Aunque los cultores de la teoría no hacen la distinción, creo que hace falta realizarla, y en los sucesivos me referiré a actos contemplados en reglas secundarias.

Pero si por "*existencia jurídica*" se entiende a la propiedad de algunos actos de generar normas secundarias, y las normas que ellos crean, entonces hay una forma mejor de dar cuenta de esta característica, sin necesidad de hacer referencia a la existencia .

IV.- No todo no es igual

Desde el punto de vista lógico y filosófico, la existencia presenta una enorme cantidad de problemas, los cuales no analizaré sino en cuanto a nuestro tema. No es el menor el de tratarse "*existir*" de un término ambiguo, y para algunos autores polisémico, es decir, con significados no relacionados entre sí. (En castellano, así como en otros idiomas con términos equivalentes, existe la dificultad adicional de saber si "*ser*", "*existir*", y "*haber*" son sinónimos.²¹)

¹⁹ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pág. 79 y ss.

²⁰ Hart, H.L.A., *op. cit.*, pág. 96.

²¹ El Diccionario de la Real Academia (XXI ed.) define "*existir*" como " tener una cosa ser real y verdadero", y "*haber, estar, hallarse*", entre otras acepciones, y da como uno de los significados de

Así Russell ²², siguiendo a Frege, distingue cuatro significados de " is " (traducible por " es "):

existencia, ejemplificado por " Sócrates es (o existe)" , escrito formalmente: $(\exists x) (S = x)$ ²³ ;

identidad : p.ej. : "Cicerón es Marco Tulio": traducible por : $C = M T$;

predicación, "Sócrates es sabio " : $W(S)$ ²⁴;

implicación genérica o inclusión, p.ej. "el hombre es animal ";

$(x) (H(x) \supset A(x))$.

Para Russell, se trata de cuatro significados distintos, y es obvio que el único que se refiere a la existencia es el primero. A su vez, lleva a pensar que la negación de "es" tiene significados diferentes en los cuatro casos. Mas adelante volveremos sobre esto.

Por otra parte, existe una vieja discusión filosófica acerca de si la existencia es un predicado o no, o si se trata o no de una propiedad de primer nivel.

En contra de una idea que se remonta a Aristóteles, tanto Hume como Kant fueron quienes sostuvieron que la existencia no es un predicado. En Hume, esto se da a consecuencia de su concepción acerca de las ideas, que sostenía estaban basadas en las impresiones, y como no se podía señalar a ninguna impresión diferenciada de existencia, por encima de nuestro acto de percibir, es decir que la existencia formaba

"ser" "haber o existir". De "haber": "estar realmente en alguna parte" y "hallarse o existir real o figuradamente". Pero cada uno de los términos posee más acepciones, lo que no permite aceptar que sean sinónimos en cualquier contexto, es decir intercambiables salva veritate.

²² Russell, Bertrand , On Denoting, en Mind, 15 , reproducido en R. Marsh (ed.) , Logic and Knowledge, Allen and Unwin, London, 1968, pág. 35

²³ En Russell, el ejemplo se complica por la adopción de una teoría de las descripciones que permite eliminar los nombres propios en la notación lógica, pero no vale la pena hacer la distinción aquí. Varios lógicos, entre los que se cuentan Russell y Quine, pretenden eliminar los nombres propios en la lógica de predicados. En Russell, la existencia no es una propiedad de objetos sino de funciones proposicionales. Para una discusión detallada, ver Haack, Susan, Philosophy of Logics, Cambridge University Press, 1978, pág. 43 y ss. Como vamos a hablar de acciones individuales, se puede aceptar sin problemas que lo que juega es su descripción.

²⁴ Por usar el ejemplo de Russell, y para no confundir sujeto y predicado, uso W para wise (sabio).

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

parte de la idea de percepción, concluía en que la idea de existencia es la misma que aquella de lo que concebimos como existente. Expresaba que la existencia no adicionaba nada a la idea de un objeto.²⁵

Kant afirmaba lo mismo. Expresaba que la existencia no era un predicado, ya que lo real no contiene más que lo meramente posible (lo ejemplificaba diciendo que cien táleros de plata reales no contienen más ni menos monedas que cien táleros posibles). También decía que no se agrega nada a una cosa cuando se afirma su existencia, por lo que no se trata de un predicado real. Si se dice de una cosa que existe se la coloca, aludiendo a los predicados que posee.²⁶

Quienes, como Frege, sostenían que la existencia es un predicado de segundo nivel, aluden a la paradoja generada por las proposiciones existenciales negativas: Si " *existe* " es un predicado, " *no existe* " también lo sería. Pero si esto fuera así, en " *las brujas no existen* ", sería predicado de las brujas solo si las brujas existen. Y lo mismo sucedería respecto de cualquier objeto, aún en proposiciones singulares. " *Sócrates no existe* " sería verdadero de Sócrates solo después que hubiera muerto, es decir, que no existiera ningún Sócrates respecto del cual fuera un enunciado verdadero.²⁷

Barry Miller sostiene que el problema no aparece con la existencia sino con la inexistencia, y entonces la paradoja se disuelve si se traduce " *Sócrates no existe* " por " *no es cierto (Sócrates existe)* ", con lo que la existencia sería una propiedad y la inexistencia la mera negación de la proposición que afirma que un objeto tiene esa propiedad.²⁸

²⁵ Hume, David, A Treatise of Human Nature, Ed. L. Selby - biggs, Oxford, 1951, Libro I, parte II, secc. vi .

²⁶ Kant, Emmanuel, Crítica de la razón pura, Losada, Bs.As., 1961, B 628 .

²⁷ Ver Miller, Barry, In Defence of the Predicate "exists", Mind 84 (1975), pág. 338. Como el título evidencia, asevera que la existencia es una propiedad. No voy a introducirme en la discusión, ya que el texto trae a colación estas ideas solo porque aparecen en el debate entre los juristas.

²⁸ Miller, Barry, op.cit, pág. 344.

V.- La nada jurídica nada

Si analizamos la inexistencia jurídica a la luz de lo dicho, cabe preguntarse en qué sentido se dice de un acto que es inexistente. Sigamos considerando el matrimonio, aunque luego lo generalizaremos. Pensemos en las cuatro categorías de Russell.

Un matrimonio inexistente parecería descrito como: "*el matrimonio realizado por Juan y Juana en el tiempo t y espacio e es inexistente*". Ello parecería reflejar el uso de "es" como existencia.

Sin embargo, como admiten los cultores de esta teoría, esto no significa que no haya habido un acto realizado por Juan y Juana en el tiempo y el espacio, sino solo que ese acto no vale como matrimonio. En realidad, habría que traducir la descripción como: "*el acto realizado por Juan y Juana en el tiempo t y el espacio e no es un matrimonio*".

Es claro que, expuesta así, la descripción no tiene nada que ver con la existencia o inexistencia, sino que es la mera negación de que el acto individual realizado por Juan y Juana sea miembro de la clase de los matrimonios.

Entre los significados de Frege-Russell, citados mas arriba, aparecería como el de predicación, y su negación no es una aserción de inexistencia. Decir "*Sócrates no es sabio*" no implica en modo alguno la inexistencia de Sócrates.²⁹

La situación no se podría salvar diciendo que la descripción debe ser: "*el acto realizado por Juan y Juana en el tiempo t no existe como matrimonio*". Sería solo una

²⁹ Se podría describir asimismo al acto en cuestión como integrando una clase de actos inexistentes. P.ej. : los documentos por los cuales una persona lega sus bienes, pero carecen de firma, son testamentos inexistentes. Aquí el análisis llevaría a la conclusión que estamos ante la cuarta categoría de Russell, y se trata de la no inclusión de los documentos sin firma en la clase de los testamentos, lo cual tampoco implica la inexistencia de tales documentos. Los argumentos mencionados en el texto serían aplicables mutatis mutandi a esta descripción, por cuanto la predicación representa la inclusión de un elemento en una clase. La tercera acepción, "es" como identidad, es obviamente inaplicable.

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

forma rebuscada de decir que no es un matrimonio. "Aquí no hay un matrimonio" es otra forma de expresión que también parece aludir a la inexistencia, pero en cuanto se refiere a un acto, es expresable por : " este acto no es un matrimonio". Y si no se refiere a un acto, presenta los problemas que se analizan mas abajo.

Desde ya que no se trata de una cuestión de hecho, como sostenía Zachariae, sino de inclusión de un acto en un conjunto creado a partir de determinadas propiedades, es decir una decisión lingüística.

Toda la caracterización de la inexistencia jurídica como equivalente a la negación de la existencia, y las derivaciones que de ella se hacen provendría de un equívoco basado en la caracterización del matrimonio celebrado en determinadas condiciones como "inexistente". Si quienes crearon la teoría lo hubieran calificado como "aparente", "estrictamente nulo", o algo similar, no hubiera tenido las resonancias filosóficas y ontológicas que se derivan de el uso del término " inexistencia ".

Caracterizar a algún hecho empírico como "no existente" significa que no tiene ninguna propiedad, salvo la de no existir. Por ello, referirse a un acto inexistente puede ser visto como autocontradictorio (salvo que por "acto" se entienda la posibilidad de un acto, lo cual queda descartado, ya que, como dijimos, se reconoce que hubo un acto).

El equívoco ha llevado hasta a hablar de la "nada jurídica", como dije mas arriba, e induce a Borda a decir: ".. es evidente que era innecesario que el Código legislara sobre este punto, porque no hace falta declarar la invalidez de lo que no existe; más aún, la propia ley no podría atribuir efectos a una sombra, una mera apariencia, a algo que no es ³⁰".

También conduce a expresiones como las de Díaz de Guijarro, quien dice que es innecesario demostrar " la inexistencia de los matrimonios inexistentes..(La idea de

³⁰ Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1976, T° II, pág. 424. El mismo autor, en la página siguiente, expresa que el art. 14 de la ley de Matrimonio legisla sobre la inexistencia.

inexistencia) ..significaría admitir juzgamiento sin juicio, además de la tautología de declarar inexistente a lo que se considera tal, con lo que se prueba su existencia."³¹ Aquí se ve reflejada la idea de la paradoja de los existenciales negativos.

Al hablar de "*inexistencia*", también se incurre en inconsecuencias, ya que si un acto carece de existencia, no podría tener efectos jurídicos (tal como, por otra parte, los dogmáticos se preocupan de resaltar). Sin embargo, p. ej., uno de los ejemplos de Aubry y Rau mencionados mas arriba, es el de una compraventa sin precio (utilizado entre nosotros por Llambías). En nuestra legislación (y en la francesa también) no importa la calificación que las partes den al acto, que puede ser simulado, hasta lícitamente, y una compraventa sin precio podría ser asimilada a una donación, con lo que existiría, y tendría efectos jurídicos. La observación es marginal, porque un sostenedor de la teoría podría decir que el ejemplo es errado, o no es universal, pero resulta demostrativa.

VI.- La inexistencia como recurso ideológico

Así expuesto, parece ser que la postulación de la teoría de los actos inexistentes es una estrategia utilizada por los dogmáticos para soslayar el principio que establece que no hay nulidad sin texto. Y por detrás aparece una noción valorativa o axiológica determinada.

Como era impensable desde el punto de vista ideológico que la legislación convalidara, p. ej. un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y la igualdad de sexo no figuraba entre las nulidades consagradas por la ley, hubo que recurrir a la idea de inexistencia, como modo de agregar una causal más de pérdida de validez de los actos. Algunos dogmáticos, como Ripert y Boulanger destacan la condición de teoría *ad hoc* de la doctrina de la inexistencia.

³¹ Díaz de Guijarro, Enrique, JA, 1954-IV, pág. 3, Nº 9, cit. por Belluscio, op. cit., pág. 79

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

La teoría del acto inexistente nació propiciada por los presupuestos de la escuela exegética, que ponía a la ley como exclusiva fuente del Derecho (de ahí el "*no hay nulidad sin texto*"): Como el legislador es omnisciente, no puede haber olvidado incluir entre las nulidades algunos actos que son claramente inválidos. Ergo, no son nulos sino que pertenecen a otra categoría de actos que carecen de efectos jurídicos, los inexistentes. Con ello se salva la idea de que el intérprete no puede modificar la ley, ya que lo que está haciendo es solo describir categorías que surgen de la naturaleza de las cosas.

Luego, la "*teoría*" se generalizó, ya que resultaba cómoda para soslayar los olvidos del legislador, que a veces omitía incluir como causal de nulidad algunas situaciones que para el intérprete debían privar de efectos a los actos.

El uso de una concepción esencialista acerca del lenguaje parece confirmar esta presunción, ya que otorga mayor fuerza a la calificación de "*inexistente*". Así, dice Llambías: " La inexistencia es una noción conceptual - no legal - que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este no ser acto jurídico, se lo designa adecuadamente con la denominación de 'acto jurídico inexistente' ." ³². Esta "*noción conceptual, no legal*" tiene sin embargo la peculiaridad de tener como consecuencia práctica el privar de validez a ciertos actos.

Confirmando la raíz valorativa, algunos autores (p.ej. Fassi) sostienen que la inexistencia de matrimonio entre personas del mismo sexo aparece consagrada en el art. 14 citado, ya que "*el uso de la palabra 'contrayentes' no puede aludir sino a un hombre y una mujer* ".³³ Aunque el argumento más bien resulta una petición de principios.

³² Llambías, op. cit., pág. 583.

³³ ver Belluscio, pág. 88

Más explícito es Mazzinghi, quien sostiene que el matrimonio es inexistente cuando carece de algún elemento exigido por el derecho natural.³⁴

En este sentido, el mecanismo utilizado sería similar al de las llamadas *lagunas axiológicas* por Alchourrón y Bulygin.³⁵ Como la solución que se encuentra en la ley no coincide con aquella axiológicamente deseable, el teórico busca formular una categoría pretendidamente descriptiva para acomodar la solución que prefiere.

Pero se recurre a una definición, de la cual se va a derivar la consecuencia de ser el acto válido o inválido. Y esta definición no surge de la sistematización del conjunto de normas que regula un instituto, sino que apunta a las características *esenciales*, que están por encima del derecho positivo. Así, p.ej. en el matrimonio aparece la diferencia de sexos, que en los ejemplos citados no fue considerada por el legislador, como parte esencial del concepto, un concepto extrajurídico que predomina por sobre cualquier regulación positiva normativa. Si el legislador olvida colocar la falta de esa propiedad esencial como causal de nulidad, entonces el acto es igualmente inválido, por ser inexistente. Con ello queda fuera del sistema jurídico por razones ontológicas.

La teoría del acto inexistente sería claramente normativa, tendiente a justificar la adopción de determinada solución en ciertos casos. Ello podría no ser objetable para quienes optan por una versión normativa o interpretativa de la teoría jurídica. Pero entonces no es defendible como una teoría descriptiva.

Aunque los juristas citados podrían intentar defender la categoría como descriptiva de una conclusión semántica a partir del lenguaje natural. Veamos qué se puede decir acerca de esto.

VII.- Algunas consideraciones semánticas

³⁴ cit. por Belluscio, pág. 76.

³⁵ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Bs. As. , 1971, pág. 157 y ss.

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

La inexistencia se podría reconstruir como predicable de un acto situado en el extremo de un continuo, que parte de los actos jurídicos válidos, y pasa por los actos con diversas clases de nulidad. Sin embargo, esta forma de describir el concepto no sería aceptada por quienes sostienen la teoría.³⁶

Aunque la idea de inexistencia de un acto requiere que el acto que va a ser calificado como inexistente sea en apariencia similar a un acto válido. Cuál sea el grado de similaridad exigido no es fácil de establecer, y requerirá en cada caso el uso de algún tipo de razonamiento analógico, que no está exento de problemas³⁷.

Pero los juristas coinciden en que el acto inexistente carece de los elementos esenciales que poseen los que existen. Así, dice Couture : " El concepto de inexistencia se utiliza pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto."³⁸

Es claro que no todo acto que no tenga las características definitorias (elementos esenciales, en la terminología usual de los dogmáticos) de un acto válido x va a ser calificado de x - inexistente. De lo contrario, un homicidio podría ser calificado como un matrimonio inexistente, cosa que en general sería rechazada por los juristas, dado que se trata de dos conceptos diferentes (aunque a veces peligrosamente cercanos) . En este sentido, la inexistencia no podría ser el extremo del continuo.

Si lo concebimos a la manera de Hart³⁹, partiendo de la textura abierta del lenguaje, habría que pensar que el concepto de "matrimonio" posee un núcleo claro

³⁶ Esto es expresamente rechazado por Belluscio, quien califica la conclusión a que arriba el autor español De los Mozos, de que la inexistencia es la forma mas absoluta de la ineficacia o de la nulidad, de "desconcertante" (op. cit. pág. 41)

³⁷ El término " analogía " hace referencia a varios conceptos. En este caso, sería un argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante. Manuel Atienza destaca que incluye un componente inductivo que impide su asimilación a un razonamiento deductivo. (Sobre la Analogía en el Derecho, Civitas, Madrid, 1986, pág. 55)

³⁸ Couture.E, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Bs. As. , 1958, cit. por Palacio, op. y loc. cit., pág. 151.

³⁹ Hart, H.L.A., op.cit., pág.124 y ss.

de aplicación, donde sabemos a cuáles actos llamaremos con el término, un círculo externo de casos claros de no aplicación, y una zona de penumbra, en la cual tenemos que tomar una decisión lingüística para aplicar o no la palabra.

¿Ahora bien, en qué zona ubicaríamos un matrimonio inexistente? Si nos atenemos a la definición de los juristas, sería un caso claro de no aplicación del término, ya que falta alguna de las características definitorias (esenciales). Sin embargo, esto haría que debiéramos calificar por ejemplo de *"matrimonio inexistente"*, a un cocodrilo. No coincide con nuestros usos comunes.

Pero no parece que podamos colocarlo en la zona de penumbra, ya que, si carece de una de las propiedades definitorias de la clase, no hay dudas acerca de si el término posee o no aplicación. Se trata de un caso claro de no aplicación.

Pero al mismo tiempo se sostiene que debe haber *"una apariencia de acto jurídico"* para poder hablar de inexistencia.⁴⁰ Pero ¿cuál es la apariencia relevante? En general, nadie diría que si un actor y una actriz, en una representación teatral o cinematográfica, participan en una ceremonia en la cual sus personajes se casan, han contraído un matrimonio inexistente. Sin embargo, el acto puede ser más verosímil que algunos matrimonios reales. Aunque no podría predicarse de él ninguna de las propiedades que integran la definición de matrimonio.

Si alguien postula la necesidad de crear una categoría que de cuenta de los actos que se parecen a otros sin serlo, y que no estén cubiertos por las de actos nulos o que no pertenecen a la clase, queda a su cargo la demostración de la necesidad y no vacuidad de la misma.

⁴⁰ Belluscio, op. cit. , pág. 50 . Allí se dice que no se trata de "inexistencia material " sino de "inexistencia jurídica", que consiste en un acto aparente, lo cual habilita para distinguir al concubinato del matrimonio inexistente, o al comodato de una locación inexistente, y también que un acto cuya formación ha sido interrumpida, p.ej. una oferta no aceptada, es un caso de inexistencia material. Como se dice en el texto, la distinción es confusa.

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

Resulta difícil concebir un ejemplo en el cual, por mas parecido que haya con el acto cubierto por la definición, si faltan las características definitorias, haga falta más que la negación de la pertenencia a la clase.

Un ejemplo aclarará las cosas: si uno define a un triángulo como "*una figura plana con tres lados y tres ángulos*", y se encuentra frente a una figura con tres lados, pero dos de los cuales son paralelos, resultaría extraño calificarla de "*triángulo inexistente*", aunque comparta una de las características definitorias del triángulo, poseer tres lados, y tenga dos ángulos. La analogía con el triángulo no parece suficiente. Lo que usualmente se diría es que no se trata de un triángulo.

Este ejemplo parte, por cierto, de una definición mucho más exacta que aquellas que los juristas usualmente manejan. Al problema de especificar cuáles son las características definitorias de una figura legal (en el cual, como ya vimos, pueden intervenir elementos valorativos), se agrega el de la descripción de la acción que se sostiene es análoga a las que entran dentro de la definición. Las acciones pueden describirse de diferentes maneras, atendiendo a las propiedades empíricas que presentan y se incluyen en la descripción. Y siempre aparecerá el problema de la indeterminación del lenguaje natural. Pero si se concluye en que falta alguna de las propiedades definitorias del término, éste no será aplicable.

Si se acepta que son características definitorias del matrimonio el consentimiento y su manifestación ante el oficial público, si dos personas prestan consentimiento pero quien celebra el acto no es el oficial público, o no prestan consentimiento aunque intervenga el oficial público, o no se da ninguno de los dos casos, no podremos llamar a ese acto un matrimonio.

Por otra parte, también hay que distinguir el caso en que se haya producido un acto de aquel en que no hubo acto alguno. La categoría de "*inexistencia*" debería reservarse para el caso en que no hubiera ningún acto, la llamada inexistencia material, lo que excluiría que se pudiera hablar de "*acto inexistente*".

Por otra parte, si aceptamos que al hablar de "*matrimonio inexistente*", solo estamos diciendo "*esto no es un matrimonio* ", desaparece el problema. Se puede bien concluir en que un cocodrilo no es un matrimonio.

Es mejor, entonces, no referirse a la existencia o inexistencia sino simplemente tratarlo como un caso de predicación.

Con ello se obtiene la ventaja de prescindir de las asociaciones y conclusiones ontológicas que derivan de hablar de existencia. A nadie sorprende que si un acto no puede calificarse como perteneciendo a una clase de actos, no tenga las consecuencias jurídicas de los que sí pertenecen.

Quienes postulaban la teoría pueden, por supuesto, trasladar su visión a la pertenencia. Les bastará con decir que un acto no pertenece a la clase de p. ej. los matrimonios, porque no posee las propiedades que la definen, entre las cuales aparecen la de diferencia de sexos, etc. Pero entonces resultará mucho mas claro el contenido de la teoría como pretensión de descalificar como válidos a ciertos actos sobre la base de una definición. Y traslada la discusión a la definición y el método que se utiliza para adoptarla.

Si de lo que se trata es de describir el sistema jurídico, habrá que prestar atención a la definición de los institutos, evitando que se introduzcan por esa vía elementos que no se encuentran en el derecho positivo, sino son fruto de los deseos, valores o imaginación del intérprete.

Queda por ver si hay otros sentidos de existencia e inexistencia que sean interesantes en este contexto.

VIII.- La existencia de las normas

De lo que no hay – La inexistencia jurídica

En la teoría jurídica, existencia es un término ambiguo. Daniel Mendonca, coincidiendo con Bulygin,⁴¹ distingue cinco significados de "existencia" respecto de las normas: 1) como acatamiento, o existencia fáctica; 2) como pertenencia a existencia sistemática; 3) como obligatoriedad, o existencia normativa, 4) como promulgación, o existencia formal; 5) como abstracción, o existencia ide al.

Esteban Imaz, en un trabajo dedicado a la teoría del acto inexistente, identifica, partiendo de la teoría egológica, a la existencia o inexistencia de una norma con la primera acepción, y concluye en que la teoría de los actos inexistentes se refiere a actos ineficaces, y que, por lo tanto, no son válidos, por lo cual su existencia es solo aparente, aunque posean existencia en los otros sentidos.⁴²

Sin embargo, parece más interesante referirse a la inexistencia en el sentido sistemático. En este sentido, si una de las acepciones del término "validez" se traduce, como lo hace Kelsen, por "*la existencia específica de las normas*"⁴³, una norma no dictada por un órgano competente, p.ej., podría ser calificada de "*inexistente*" (en el mismo sentido que un matrimonio no realizado con la intervención del oficial público). Pero, nuevamente, es preferible, antes que decir "*El acto de Fulano es una norma inexistente* ", describir la situación como "*El acto de Fulano no es una norma perteneciente al sistema S*".

Con ello se salva p.ej. , la situación de normas que pueden pertenecer a otro sistema, ya que el Fulano bien puede ser un legislador en otro sistema, y sus normas carecer de efectos jurídicos en el sistema de referencia, y se eliminan las asociaciones y problemas que trae aparejada la noción de inexistencia.

⁴¹ Mendonca, Daniel, *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, pág. 48

⁴² Imaz, Esteban, *La Teoría del Acto Inexistente*, LL, 89 - 893 Imaz se refiere al acto inexistente como aquél "que repugna las valoraciones jurídicas ambientes, al extremo de hacer impracticable su acatamiento por las partes o la imposición de ese acatamiento por el juez", con lo que una ley que, p. ej., vulnere principios constitucionales, se transformaría en inexistente. Parece una ampliación exagerada del concepto de inexistencia. Aunque confirma lo dicho mas arriba en el sentido de hallarse detrás del concepto de inexistencia una cuestión axiológica.

⁴³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1979, pág. 225

No me extenderé mas en este tema, ya que el propósito principal de este trabajo era analizar la teoría del acto inexistente como aparece expuesta en los teóricos del derecho privado.

IX.- Inexidad o nulidicencia

La falta de precisión de la teoría permite que haya en la doctrina quienes confunden a la inexistencia con la nulidad, quienes la sostienen como aplicable a todos los ordenamientos, otros solo para aquellos en los que la nulidad no está legislada en forma general, y también quienes la ven aplicable solo a alguna institución, como el matrimonio, y hasta quienes sostienen que debe distinguirse la inexistencia de la "cuasiinexistencia"⁴⁴.

Mucho depende de la forma en que se encuentre legislado el instituto de la nulidad en el sistema jurídico, ya que es la institución con la que siempre se compara la inexistencia. En sistemas que cuentan con una norma amplia de admisión de nulidades⁴⁵, la inexistencia aparece relegada a una menor cantidad de casos, salvo para quienes adoptan, para instituciones como el matrimonio, la doctrina que sostiene que las nulidades dispuestas en forma general no les son aplicables, y así introducen la necesidad de la teoría de la inexistencia si de la regulación legal no surge como definitoria la propiedad que patrocina.⁴⁶

⁴⁴ Este último es el caso de Molinario, según surge de Molinario, Alberto, De la cuasiinexistencia matrimonial, JA, 1969-3, pág. 494. Me abstengo de exponer siquiera la distinción, por obvios motivos.

⁴⁵ Como el artículo 1044 de nuestro Código Civil, que establece la nulidad para todos los actos que no se realicen en la forma prescripta por la ley.

⁴⁶ No voy a introducirme en la discusión acerca de si la nulidad es una sanción jurídica. Es conocida la contraposición entre quienes sostienen esta posición a partir de una teoría imperativista, como Kelsen (op. cit., pág. 63), y la idea de Hart de concebir al derecho como una unión de normas primarias y secundarias, para quien identificar a la nulidad con una sanción resulta de la errónea idea de no distinguir las normas que confieren poderes de aquellas que establecen obligaciones (Hart, op. cit. Cap. III). Solamente la traigo a colación porque hay quienes sostienen que la nulidad se diferencia

De lo que no hay– La inexistencia jurídica

Por otra parte, en muchas legislaciones se atribuye a determinada clase de actos afectados de nulidad similares consecuencias a las que , como se cita mas arriba, Zachariae atribuía a los actos inexistentes.⁴⁷ A esto se puede agregar el que también se puede arribar a la nulidad por otras vías. En muchos sistemas, se declaran nulos a los actos cuyo objeto no cumple con ciertos requisitos, enunciados con expresiones antibológicas (como p.ej. no afectar la moral)⁴⁸ , lo que, de hecho, confiere al juzgador la posibilidad de declarar nulos los actos que encuentra axiológicamente objetables.

Si lo dicho se une a la ya mencionada amplitud en la admisión de nulidades, no sorprende el que algunos autores se inclinen por no encontrar diferencias entre nulidad e inexistencia, y otros por descartar la teoría.

X.- Inexistencia patente o patente de inexistencia

Una de las diferencias que los sostenedores de la teoría destacan es que los actos inexistentes no requieren de declaración judicial, contrariamente a los afectados de nulidad.

Los autores destacan esta característica como una consecuencia necesaria de la inexistencia, que se halla presente en todos los casos. Sería una propiedad no definitoria pero universalmente concomitante de la clase. Sin embargo esto no es fácilmente sostenible.

de la inexistencia porque la primera es una sanción (ver Llambías, op. cit., pág. 563) y la segunda no lo es. Si se acepta la idea de Hart, éste no sería un rasgo distintivo.

⁴⁷ En nuestra legislación, p.ej., el art. 1038 del Código Civil establece que un acto nulo carece de validez "aunque su nulidad no haya sido juzgada" , y un acto nulo con nulidad absoluta es inconfirmable , imprescriptible y el derecho a invocarla irrenunciable .

⁴⁸ Nuestro Código Civil declara nulos a los actos jurídicos cuyo objeto sea "contrario a la moral y las buenas costumbres", art. 954

En primer lugar, como ya vimos, a veces no es así, ya que puede haber actos nulos que, según las normas, no requieran de declaración judicial.

Empero, tanto para la inexistencia como para la nulidad, la falta de necesidad de declaración judicial no es mas que una característica contingente. En efecto, siempre que alguien alegue ante un juez la existencia o inexistencia, pertenencia o no a una clase de actos, validez o nulidad de un acto, para fundar su pretensión en un litigio, el juez, si es pertinente, debe resolver el punto. Su declaración, por la vía de la cosa juzgada, confiere al acto su status definitivo, y bien puede suceder que un acto que hubiera sido considerado inexistente o nulo adquiriera el carácter de creador de obligaciones.⁴⁹ No otra cosa es lo que sucede cuando cambia la autoridad que dicta normas por vía revolucionaria.

XI.- Conclusión

La "teoría del acto inexistente" resulta un buen ejemplo de cómo los teóricos del Derecho introducen elementos valorativos en forma pretendidamente descriptiva, y luego infieren conclusiones teóricas y prácticas de esa introducción. Las resonancias filosóficas de hablar de existencia o inexistencia hacen preferible describir los actos pretendidamente inexistentes como sujetos a nulidad, o no pertenecientes a la clase de que se trata.

⁴⁹ Kelsen, op. cit., pág. 284, sostiene que , por más que alguna orden que aparece con pretensión de ser una norma jurídica no sea considerada tal sin que se considere necesario un acto de anulación, citando el caso de un internado en un manicomio que dicte una ley (lo cual sería sin duda considerado un acto de dictado de norma inexistente por quienes propugnan la teoría) , no puede ser considerado un caso de nulidad sin la intervención de un órgano que así lo declare, intervención que tiene carácter constitutiva.